

## Los Derechos de Autor, la Garantía de Imparcialidad y la Realidad Judicial

Ernesto Liceda<sup>1</sup>, Emiliano Sebastián Seglie<sup>2</sup>, Ariel Hernán Simone<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Becario de Investigación tipo A UNLP, GECSI, FCJyS, UNLP

<sup>2</sup> Instituto de Derecho Penal de la FCJyS, UNLP

{emilianoseglie; arielhernansimone} @hotmail.com, ernestoliceda@jursoc.unlp.edu.ar

**Resumen.** El presente trabajo busca indagar, desde el respeto a la garantía de imparcialidad y las prácticas del Poder Judicial y del Ministerio Público, algunos aspectos de la tutela penal de los derechos de autor en el marco normativo de la provincia de Buenos Aires, tomando para ello el Departamento Judicial de La Plata.

**Palabras Clave:** Derechos de Autor, Derecho Penal, Imparcialidad, Derecho Procesal, Provincia de Buenos Aires.

**Abstract.** This paper proposed to investigate, with respect to the guarantee of impartiality and practices of the judiciary and prosecutors, some aspects of the criminal protection of copyright within the law of the province of Buenos Aires, taking for it Judicial Department of La Plata.

**Keywords:** Copyright, Criminal Law, Impartiality, Procedural Law, Province of Buenos Aires.

### Introducción

Habida cuenta de que en la Argentina existe formalmente el delito de violación de los derechos de autor (arts. 71 y sigs. Ley 11723) desde hace ya muchos años y que, de todos modos, siete de cada diez programas utilizados no cumplen con los requisitos previstos en la ley de propiedad intelectual, es evidente que algo está fallando. Ante este fenómeno podemos adoptar, en principio, dos posturas que pueden ser tomadas como clásicas, fuente ovejuna o luchar por cambiar la dirección de todos los que vienen a contramano.

Dentro de este panorama intentaremos analizar, desde una perspectiva penal y procesal penal y enmarcados en el proyecto de investigación en curso la situación actual y dar nuestra humilde opinión al respecto.

En este primer trabajo abordaremos dos temáticas centrales, dejando para posteriores desarrollos algunos puntos que, por orden y brevedad, escapan al presente. Dichas temáticas son, desde lo procesal, la situación del departamento judicial La Plata en

cuanto a delitos contra la propiedad intelectual y, desde lo penal, la garantía de imparcialidad de los jueces.

## **1 La Imparcialidad como Garantía del Debido Proceso**

Bajo éste título intentaremos dar una aproximación al concepto jurídico-penal de la imparcialidad como garantía esencial de los sujetos sometidos al proceso y, observar, como la misma puede entrar en conflicto al momento en que el juez deba ponderar la verdad de los hechos bajo análisis y decidir el derecho aplicable para la resolución del conflicto.

### **1.1 Caracterización de la Imparcialidad**

Como una primera aproximación a lo que comenzaremos a exponer en este apartado, debemos indicar que la imparcialidad en sentido lato alude a la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud (Conf. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición). Sin embargo para ahondar en la significación jurídica de la palabra, se hace necesario ubicarla en un contexto histórico determinado ya que, por sus propias características, en el decurso de la historia los distintos ordenamientos jurídicos le han dado diversos alcances normativos y su denotación se ha visto modificada por la organización político-social de un lugar determinado.

Dicha garantía, ha sido caracterizada por la doctrina y jurisprudencia como una cualidad del Juez o Tribunal, asimilada a lo objetivo, equitativo o neutral. A modo de ejemplo podemos citar los siguientes:

- la imparcialidad como la “ausencia de prejuicios o parcialidades” necesaria para lograr “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” [1]
- “La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice, y se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se prueba lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso” [2]
- “El sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir”. [3]

Debemos tener presente que no se trata de una simple cualidad personal, como podría ser el caso de otros profesionales, puesto que la misma se encuentra íntimamente ligada a la búsqueda de la verdad de los hechos y la verdad de derecho para arribar a

una resolución justa del conflicto sometido a su poder, derivado este último, de la soberanía popular.

Lo cierto es que, la caracterización de esta garantía, se hace una tarea imposible de realizar en abstracto y desprovista de una referencia histórico-jurídica determinada. Así es que la misma fue variando su significación junto con la evolución de las organizaciones sociales y el pensamiento jurídico-penal.

## 2 Régimen Argentino de Imparcialidad

Habiendo determinado que la imparcialidad como un principio dado en determinado tiempo y espacio que determina la relación entre el juzgador y la búsqueda de la verdad –de los hechos y del derecho- y siendo el sistema acusatorio el vigente en la provincia de Buenos Aires, pasaremos a analizar ahora los mecanismos que tienden a mantener incólume la garantía indicada.

La garantía del juez imparcial implica que él mismo se encuentre ajeno al poder político, a los litigantes particulares y a los intereses en juego en el proceso. Los mecanismos propios del orden normativo que tienden al aseguramiento de ésta garantía fundamental, previstos en el Capítulo IV del Título III del CPPBA, son los institutos de la Recusación y Excusación que no sólo son aplicables a los Jueces, sino también a los Secretarios y Auxiliares, a los miembros del Ministerio Público Fiscal y a los Peritos.

El Código Procesal Penal, prevé en los 13 incisos de su Art. 47 las posibles causales de excusación ó recusación, descripción que la jurisprudencia ha entendido, casi siempre, taxativa y limitativa de otras posibilidades, circunstancia altamente criticable, cuando lo que se encuentra en juego es la credibilidad de las resoluciones judiciales en materia penal. En el último inciso del mentado artículo se prevé una causal abierta al indicar que el juez podrá excusarse o ser recusado “si mediaren circunstancias, que por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad”, como válvula de escape para el caso que se de alguna circunstancia por la cual se tema comprometida la garantía de imparcialidad y no encuadre en ninguno de los casos previstos en los demás incisos. Así es que una interpretación amplia de lo normado por dicho inciso podría incluir cuestiones privadas que se encuentran irremediablemente presentes en el ánimo de los jueces y comprometan de su imparcialidad, aunque siempre estaremos sujetos a la interpretación que se le de al inciso 13 de dicho artículo. Aunque habría que observar cual sería la interpretación que le daría la jurisprudencia a las circunstancias de gravedad que afecten la independencia e imparcialidad, ya que a simple vista, de la redacción de dicha causal se observa una gran vaguedad e imprecisión.

Lo cierto es que podemos imaginar, relacionado con los delitos bajo análisis en el presente trabajo, innumerables ejemplos que pueden inducirnos a pensar que la garantía de imparcialidad de jueces, auxiliares, secretarios y/o los agentes fiscales se encuentra comprometida.

En la actualidad, y sin que nadie se asombre, podríamos imaginar a un magistrado que en su computadora personal cuente con temas de música descargados de la red para escucharlos en su tiempo libre, un agente fiscal que tenga en su automóvil música grabada en un CD para escuchar durante el viaje de su casa hacia su despacho personal, o lo que sería más comprometededor para la garantía bajo análisis, imaginar a

un magistrado que su actividad académica lo haya llevado a publicar obras científicas de su autoría o haber actuado como colaborador en la realización de otras y que tenga bajo su juzgamiento un caso de violación al derecho de propiedad intelectual, ¿podría afirmarse que en estos ejemplos, cercanos a la realidad, que el magistrado que a su vez es autor de obras científicas, resultará ser totalmente imparcial a la hora de juzgar el ilícito en cuestión?, ¿Cómo valoraría la sociedad la acusación llevada adelante por un Agente Fiscal, sobre un ilícito de la especie, cuando el propio acusador tiene en su intimidad y para su disfrute personal obras musicales de la misma procedencia en virtud de la cual entiende viable el reproche?, ¿encuadrarían éstos ejemplos en el supuesto previsto por el inciso 13 del artículo 47 del CPP? Y de ser así, en la actual sociedad de la información ¿existirían funcionarios imparciales para juzgar éstos hipotéticos casos?

A efectos de entender mejor la garantía bajo análisis y que su correcta caracterización que nos permita arrojar luz sobre los interrogantes que se nos plantean en la actual sociedad de la información, haremos un repaso histórico de su significación.

### **3 EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD**

En forma de reseña podemos indicar diversos momentos históricos en que la imparcialidad surge y se desenvuelve de diversas formas conforme el ordenamiento político social de la época.

#### **3.1 Europa Continental**

En la Europa Continental de la baja Edad Media, predominó el denominado sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal. Se caracterizaba por una fuerte concentración de los poderes persecutorios y decisorios en cabeza de los inquisidores, expresión clara de un sistema político en el cual el poder emanaba de una única fuente: Dios. Éstos a través del poder delegado del Rey o del Papa, eran quienes llevaban adelante la investigación, acusaban y juzgaban a las personas sometidas al proceso. Llegándose al extremo de utilizar la tortura como garantía, para el imputado, de arribar a la verdad. Como derivado de la fuerte concentración del poder, es que no se concibe en el sistema la idea de imparcialidad, atento a que quién investiga, acusa y juzga lo hace por mandato divino. El sistema inquisitivo reinante en toda Europa Continental, fue objeto de fuertes críticas por la Ilustración, que veía en el mismo la consolidación del autoritarismo propio del sistema imperante. Durante los siglos XVII y XVIII, los críticos del sistema, tenían sus ojos puestos en el Sistema Inglés tanto en cuanto a su organización política como procedimiento judicial.

##### **3.1.2 Evolución del Antiguo Régimen**

El pensamiento ilustrado fue el que dio sustento ideológico a la Revolución Francesa y la reacción contra el poder absoluto produjo como consecuencia la ruptura de la estructura de concentración de poder, concretándose la teoría de la división de poderes y el imperio de la ley. El sistema concebido fue el de poderes múltiples que

se autocontrolaran –teoría de la división de poderes-, mientras que en el plano del procedimiento judicial, la nueva estructuración del poder ejerció su influencia, dividiéndose el poder persecutorio estatal del poder decisorio de la cuestión. Éste mismo razonamiento puede traspolarse a la relación entre el juez y la verdad de los hechos y del derecho, quedando la primera, en el nuevo sistema concebido, en manos de jurados populares y la segunda en manos de los magistrados. Con el término “Imperio de la Ley”, se hace referencia a una forma de concebir y pensar el derecho basado en el Constitucionalismo y en especial en el Proceso de Codificación y en la aplicación de la propia letra de la ley, desprovista de toda interferencia subjetiva –interpretación- como resguardo de imparcialidad y objetividad. Es así que el pensamiento iluminista, veía en la codificación la solución a la inseguridad jurídica del régimen anterior, haciendo del derecho algo claro, sencillo y fácilmente determinable.

*“la costumbre sacrifica el interés real de las personas vivientes por el interés imaginario de los muertos; todo lo que se llama ‘Derecho no escrito’ es una ley que ‘gobierna sin existir’, mezclando algunos principios de valor inestimable con “un montón de incoherencias, de sutilezas, de absurdos y de decisiones puramente caprichosas”. [4]*

Sin embargo, al poco tiempo, se produjeron nuevas reformas en la forma de pensar el procedimiento penal. Ya con Napoleón, el Código de Instrucción Criminal de 1808, incorporó el llamado proceso inquisitivo reformado, y las teorías comenzaron a considerar imposible la mera aplicación de la ley desprovista de toda interpretación judicial. Finalmente, y ya en el Siglo XX, los jurados europeos pasaron de ser Legos a Escabinados.

### 3.1.3 Sistema Inglés

Por su parte el Sistema Inglés, a diferencia del sistema que regía en la Europa Continental, se forja en una fuerte valoración de la tradición, erigiéndose el derecho en la forma de common law. El sistema del common law favoreció la consolidación de ciertas reglas procesales históricas que provenían los distintos derechos de las tribus locales -bretones, anglos, sajones y daneses-. En estas costumbres se encontraba el proceso acusatorio y desde el siglo XII, aproximadamente, la idea del juicio por jurados. En este último sistema, el juez conservaba el poder de decir el derecho según el common y el case law, observándose la separación del poder de decir la verdad de los hechos –el jurado- del poder de decir el derecho –el juez-. Cabe aclarar que por una modificación en el sistema de recusación, el modelo Inglés se pronunció especialmente por la imparcialidad en cuanto al poder de decir los hechos. Así es que la recusación, que en un principio permitía observar tanto a los miembros del jurado como a los jueces, fue luego limitada a los primeros.

### 3.1.4 Previsión legal de la garantía de imparcialidad

La primera referencia constitucional de la garantía bajo estudio se observa en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Ésta expresa en su primer artículo, el derecho a la igualdad y la organización política bajo la división de poderes, y en su artículo octavo consagra, la garantía a un juicio rápido por un jurado imparcial del

vecindario. En 1791 se incorpora, a la constitución, la enmienda sexta, que garantiza el derecho a un “jurado imparcial del propio Estado y distrito”. Aunque como se observa, la garantía en este caso, sólo recaería sobre el jurado, sin que se conciba sobre los magistrados, tal y como fuera tratada en el common law Inglés. Sólo por vía jurisprudencial fue admitida, por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1799 en el caso “Fowler v. Lindsey”, la autodescalificación –excusación- de uno de sus jueces.

Tanto el modelo Norteamericano como el derivado de la Revolución Francesa fueron los que irradiaron su influencia a los demás países del mundo en cuanto al proceso de constitucionalización y organización política. Tal es así que hoy, la garantía de imparcialidad, se encuentra reconocida en forma expresa por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el Bloque de Constitucionalidad de nuestro país (Art. 75, inc. 22 CN, particularmente, Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10), Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. 26, 2), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, 1) ).

### **3.2 Evolución en el Derecho Argentino**

Como es dable imaginar, el territorio sudamericano no fue ajeno a la influencia y evolución de los sistemas imperantes en la Europa Continental. Así es como, bajo el dominio de la corona española, tuvieron vigencia en nuestro territorio la legislación del antiguo régimen junto a la normativa que se fue dictando para atender las contingencias particulares de los nuevos dominios, generándose lo que se conoce como el Derecho Indiano.

En cuanto al sistema de enjuiciamiento penal, se estaba a lo que era el procedimiento habitual de la época, el Sistema Inquisitivo, determinado principalmente por las Antiguas partidas. Como evidencia de ello basta con tener en cuenta la instalación del Tribunal del Santo Oficio o Inquisición en América. Tantos años de régimen colonial explican la perdurabilidad del sistema aún después de que se modificara la organización política en América.

En nuestro territorio, si bien con avances paulatinos y algunas épocas de retroceso, se puede observar, desde el análisis de los antecedentes de mayo de 1810 hasta la actualidad, una tendencia creciente hacia el sistema acusatorio con una fuerte influencia del sistema norteamericano.

### **3.3 Una Primera Conclusión**

Lo desarrollado hasta aquí observamos como el concepto de imparcialidad está siempre ligado a un contexto histórico determinado. Pudiendo observar como en épocas de concentración del poder se observa una negación de la misma hasta llegar a su aseguramiento a través de la división de las facultades de decir la verdad de los hechos y la verdad del derecho. También observamos la fuerte influencia que tiene sobre la consagración de dicha garantía el Sistema Europeo Continental y la necesidad observada por nuestro constituyente de profundizar su aseguramiento mediante la implementación del sistema de juicios por jurados, implementación que no solo garantizará aún más la imparcialidad de las resoluciones judiciales, sino que

también permitirá a través de la participación del pueblo dotar a las mismas de un mayor realismo y adecuación al contexto social.

## **4 La Cuestión Procesal**

Como podemos ver la garantía de imparcialidad del juez es algo que ha preocupado a la sociedad desde hace ya muchos años y, no sólo es deseable sino que, hoy en día sería impensable llevar a cabo un proceso penal sin ella.

Es claro que, enmarcados en la Sociedad de la Información, encontrar mecanismos que permitan garantizar la imparcialidad de los actores, tanto del poder judicial como del ministerio público, sería una tarea muy dificultosa. Pero tal vez no sea necesario tan siquiera iniciarla puesto que, como veremos la ley, cuando se aparta de la realidad (es decir de la conducta de la población en general) suelen caer en el vacío. Tal es el caso de la realidad procesal penal de los delitos tipificados en la ley de propiedad intelectual.

Para adentrarnos en el análisis de lo que ocurre en el poder judicial comenzaremos con una revisión del marco normativo pertinente.

Según lo establece el art. 76 de la ley 11.723 , es competente para entender en los delitos previstos en los arts. 72 y ss. de la misma ley, la Justicia criminal de la jurisdicción – la provincia – en el cual estos se cometieren.

En la Provincia de Buenos Aires, por lo tanto, son competentes los jueces en lo correccional, debido a que son los que según el art. 24 del C.P.P. conocerán en los delitos cuya pena no sea privativa de libertad y en los que que tengan prevista pena privativa de libertad pero cuyo máximo no exceda de seis años (aplicable a las infracciones previstas en el arts. 71, 72, 72 bis, 73 y 74 de la ley 11.723). Antes de la reforma de la ley prov. N° 13.183 al C.P.P. los jueces en lo correccional detentaban la competencia en los delitos que tuvieran como máximo en abstracto la pena de hasta tres años, por lo que las infracciones a los art. 71 (en remisión al art. 172 del C.P.), 72 y 72 bis de la ley 11.723, pertenecían a la jurisdicción de los Tribunales en lo Criminal, cuya competencia está establecida residualmente en el art. 22 del C.P.P.

Ahora bien, a partir de la creación de los Juzgados y Tribunales aludidos, que se verificó en forma paulatina a partir de la implementación del nuevo Código de Procedimientos Penales en 1998 (ley 11.922), se pueden analizar las causas que por razón de los delitos en cuestión llegaron a las etapas de juicio.

### **4.1 Relevamiento de datos**

Para este trabajo, se relevaron los datos estadísticos de los Juzgados Correccionales y Tribunales Orales en lo Criminal del Departamento Judicial La Plata.

Por un lado se establece un recorte espacial puesto que se relevaron los datos de un único departamento judicial, que es uno de las 15 jurisdicciones bonaerenses. Por otro lado, el recorte es temporal, pues se empieza a contar a partir de la creación de los mismos. Por ello quedarán fuera del análisis las causas que pudieron haberse tramitado y resuelto en los antiguos Juzgados Correccionales y Criminales existentes bajo los procedimientos del Código Jofré, que también realizaban la investigación de los casos que luego fueron pasando a los Juzgados de Transición, de los que hoy en día prácticamente no existen datos relevantes.

Sin embargo, hay que destacar por un lado que la fecha de creación de estos nuevos organismos judiciales de los que se cuenta con datos, coincide de alguna manera con la etapa de la evolución tecnológica que permitió la difusión y masificación de los medios de grabación y reproducción de los CD y DVD. Antes de ello, los sistemas de cinta de audio y de video VHS permitían su reproducción pero con aparatos propios y no con programas de software, por lo que sus implicancias escaparían al análisis de este trabajo (sin perjuicio de ello, se conocen casos en donde la copia de cassettes de audio generaba denuncias, sobre todo hacia los negocios de disquerías que en la década de los 80 y 90 recurrieron a la grabación de discografías para abaratar los precios de la oferta.). Por otro lado, la zona que comprende el departamento judicial y sobre todo la Ciudad de La Plata, es un ámbito importante para analizar el desarrollo y comercio medio de la actividad, que si bien no llega a los niveles de zonas y ferias populares del gran Buenos Aires, evidencia un movimiento incrementado con relación al de ciudades del interior de la provincia, lo que puede hacer que se encuentre dentro de los estándares medios.

En los Tribunales en lo Criminal no se informó ninguna causa relacionada con las infracciones de la ley 11.723.

Por el contrario, en los 5 Juzgados en lo Correccional se informaron 5 causas. En dos de ellos dos causas en cada uno, en uno una causa y en los dos restantes, ninguna. Como promedio entonces, tramitó una causa en cada Juzgado. Si tenemos en cuenta que cada uno de estos Juzgados detentan alrededor de 2500 causas desde su creación, y si debiéramos establecer una proporcionalidad, tendríamos que decir que el 0,0004 % de los casos que llegan a juicio se refieren a alguna de las infracciones a la protección intelectual.

## 4.2 Las consecuencias penales

Como estamos analizando las causas que llegan a la etapa de juicio y sentencia, al indagar sobre las resoluciones recaídas en las mismas, se pudo establecer como dato relevante que el total de los 5 expedientes concluyeron con el otorgamiento de una Probation (Suspensión de Juicio a Prueba), para posteriormente extinguir la acción penal.

Una de estos hechos consistía en la imputación del delito previsto en el art. 73 de la ley, que tiene prevista una pena de un mes a un año o multa; y las cuatro restantes por el delito previsto en el art. 72 bis inc. “d” que tiene prevista una pena de un mes a seis años de prisión. En estos últimos cuatro casos se aplicó este Instituto debido a la adopción de la llamada “tesis amplia” (postura adoptada en los fallos de la CSJN



Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art.14, 1º párrafo ley 23.737 Causa N° 28/05 y Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P., del 23 de abril de 2008), donde se usaron palabras tales como “Que la suspensión resulta admisible por encontrarse reunidos los requisitos exigidos por el art. 76 bis cuarto párrafo del C.P. al permitir las circunstancias del caso dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y haber prestado su consentimiento el agente fiscal durante la audiencia celebrada (Art. 26 C.P.)”.

En estos casos se suspendió generalmente la causa a prueba por el lapso mínimo previsto: un año, imponiendo como condiciones no cometer otros delitos, fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados, e imponiendo en algunas ocasiones trabajos no remunerados a favor del Estado o de instituciones de bien pública (tareas comunitarias).

Incluso en algunos casos, se resolvió que “atento a las características del delito imputado, de peligro abstracto cuya víctima resulta indeterminada, no corresponde ofrecimiento de reparación del daño por parte del imputado como condición de otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba”.

En todos los casos, y al momento de extinguir la acción penal por cumplimiento de las condiciones impuestas en la Suspensión del juicio a prueba, se dispone, además del sobreseimiento definitivo, el decomiso y la destrucción de los elementos secuestrados, autorizando de esa manera a la Secretaría de Efectos de la Fiscalía General a proceder en consecuencia.

### 4.3 El delito específico

Como adelantamos, y continuando con el análisis de esas causas, se verificó que de la totalidad de ellas, cuatro (el 80 %), se referían al supuesto que contempla el inciso “d” del art. 72 bis de la ley 11.723, incorporado por ley 23.741 del año 1989, que establece la represión de pena de prisión de un mes a seis años al que “almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo”.

La restante, como vimos, configuraba un caso de infracción al art. 73 de la ley, por lo que difícilmente pueda tratarse de falsificación de software.

Entonces, en todos los otros casos en que se pudieron reunir los elementos para ser elevado a juicio se trataba de ventas de DVD y CD (exhibición o almacenamiento), que son los cometidos por los comúnmente llamados “manteros”, que se encuentran en la vía pública y constituyen el último eslabón en la cadena del negocio, a los que podríamos llamar como “comerciantes minoristas”.

Las características propias de esta situación dada por la exhibición pública, hace que la venta de esta especie de objetos falsificados sea de público conocimiento. La “notitia criminis”, de la que se valió el ministerio público para realizar la persecución penal, surge de un hecho social, notorio y visible. Frente a ello, tenemos la escasa persecución de otros hechos relacionados con la producción, exhibición o venta de otras especies de software, como por ejemplo de sistemas o programas de computación, en los que resulta necesario la denuncia o querrela (Art. 75 ley 11.723).

#### **4.4 Las investigaciones previas**

Hasta aquí analizamos los casos que superaron la etapa de investigación, o sea, los que tuvieron mérito para ser elevados a juicio.

En las etapas de instrucción sin embargo, se informó la existencia de algunas investigaciones, aunque debe aclararse que no se brindan por parte de la Procuración estadísticas certeras de las IPP sobre estos rubros.

Según lo establece el art. 75 de la ley, en la aplicación de las penas establecidas por la misma, la acción se iniciará de oficio, por denuncia o querella.

En el ámbito judicial de La plata, y por directiva de la Fiscalía General Departamental, no existe una Fiscalía especializada en estos delitos, como sí lo hay para otros casos, como por ejemplo para los delitos complejos o económicos (UFI 8) o para los culposos (UFI 10) o los de autores ignorados (UFI ), por lo que pueden asumir la instrucción indistintamente las UFI N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, .

Sin perjuicio de ello, se informaron algunos hechos, ninguno de los cuales llegó a juicio por diversas razones, entre las que se pudieron observar algunos antecedentes que se concluyeron por:

- Se procedió al archivo (art. 56 bis) porque la Fiscalía entendió que se trataba de una cuestión impositiva, ajena a la problemática penal y factibilidad de aplicación de una pena.
- Se terminó imputando al agente como autor del delito de encubrimiento (art. 277 C.P.), debido a que se perseguía penalmente al productor de los CD y DVD y los elementos para incriminar al encausado no alcanzaban para imputarle alguna otra figura.

#### **4.5 La política criminal y la aplicación del principio de oportunidad**

Los datos que emergen de estas causas informadas y su conclusión en la etapa de instrucción, a los que sin duda se suma la circunstancia de que la mayoría de los casos – aunque notorios - no se denuncian ni se instruyen de oficio; presuponen una decisión política en ese sentido, como cuestión político criminal. Entendemos que Política Criminal significa también decisión de no criminalizar como parte de la política general [5] y aunque sustituta de ésta [6].

La aplicación del principio de oportunidad está siendo utilizado por el Ministerio Público, quien “procurará racionalizar y otorgar eficacia a sus intervenciones pudiendo aplicar criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente a través de aquellos institutos que propiciaren la reparación de la víctima” (Art. 56 C.P.P.). Esto se encuentra avalado por la misma norma que establece que el Fiscal, en la investigación penal preparatoria, “tendrá libertad de criterio para realizarla, sin perjuicio de las facultades acordadas por la ley, al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia y a los respectivos Fiscales Generales departamentales”.

Un criterio especial de archivo es el contemplado en el primer inciso del art. 56 bis (incluido por la ley 13.943), en donde se establece que “el Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión”.

Aludimos más arriba a la situación de los “manteros”, a los que calificamos como “comerciantes minoristas”. En los últimos tiempos, las decisiones político criminales de las agencias pasan por postergar la persecución de estos hechos, principalmente debido a que el objetivo ha sido detectar a quienes realizan las copias o reproducen el software. Empresa que hasta hoy ha sido infructuosa (Salvando las grandes distancias, se puede realizar un paralelismo con lo que ocurre con la persecución penal del narcotráfico, en donde se llega a la criminalización de los consumidores o vendedores minoristas, que son los más visibles en la cadena).

Por otro lado, vimos que quienes tienen a su cargo la investigación de estos hechos son las fiscalías “comunes”, que simultáneamente deben atender casos como los homicidios y otros graves. En un marco de falta de presupuesto, escasez de recursos humanos y saturación de causas en sede judicial, los esfuerzos se destinan a estos casos graves, como vía de respuesta político criminal a los reclamos por seguridad en un contexto de conflictividad social y penal.

## 5 Conclusiones

Cuando comenzamos este trabajo, desde ópticas tan distintas como pueden ser la teoría y la práctica procesal, la pregunta que nos guiaba, en definitiva, era una sola. En la actualidad ¿Nuestra sociedad comprende al derecho de autor como un bien jurídico que deba ser tutelado penalmente?

Ante esta pregunta ensayamos los dos caminos antes nombrados llegando a una primera conclusión, difícilmente pueda ser garantizados el principio de imparcialidad del juez y demás funcionarios intervinientes. Incluso, en el marco de un juicio por jurados (sea Lego o Escabinado), no se podría garantizar la imparcialidad del mismo y por tanto no estaríamos frente a una sentencia justa.

La segunda conclusión a la que arribamos es que el poder judicial no sólo es conciente de este dilema sino que actúa en consecuencia. Sea por acción u omisión, el poder judicial es reactivo a accionar contra aquellos que llevan a cabo alguna de las acciones típicas previstas en la ley 11723 salvo por presión de alguno de los actores involucrados e, incluso en esos casos, se limitan a la venta de DVD y CDs copiados.

Lo cierto es que estamos en una situación muy particular donde una parte mayoritaria de la sociedad puede ser acusada de la comisión de un delito, donde difícilmente un juez pueda juzgarlos garantizando mínimamente el debido proceso, donde las acciones penales por esos delitos son pocas y no terminan en sentencias y donde existen actores muy minoritarios que presionan para lograr condenas “ejemplificadoras” sobre algunas de las personas que cometen dichas acciones típicas. Durante el tiempo de realización de este trabajo se lleva a cabo un proceso contra los titulares de una página web muy reconocida, por lo que no podemos dejar de

preguntarnos, el juez, el fiscal, el secretario ¿nunca descargaron nada de ese sitio? ¿alguno de los libros que se encontraban en ese sitio fueron realizados por ellos, amigos o familiares? ¿alguno de ellos a llevado a cabo la copia de un archivo musical de un dispositivo a otro? etc.

## Referencias

1. T.E.D.H. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), autos “Piersack”, del 1.10.1982
2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe No. 5 / 96, caso 10.970
3. MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, 2 ed., Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 739-740.).
4. PENDAS GARCIA, Benigno; *J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 158-159.
5. Zuñiga, Rodríguez, Laura. Política Criminal. Editorial COLEX.. Año 2001. pág. 18 y sigs.
6. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial EDIAR. Año 2005. “Interdisciplinariedad del Derecho penal con otros saberes”. Pág. 126.